

GESTÃO DE RISCOS NAS COMPRAS PÚBLICAS: REFLEXÕES SOBRE A NOVA LEI DE LICITAÇÕES E CONTRATOS

RISK MANAGEMENT IN PUBLIC PROCUREMENT: REFLECTIONS ON THE NEW LAW OF BIDDING AND CONTRACTS

Filipe Moreira Dumont*

Marciana Aparecida Hilario Pena Gonçalves**

Layon Carlos Cezar***

*Mestrando em Administração Pública (PROFIAP-UFV). Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Viçosa. ORCID: <https://orcid.org/0009-0007-4187-378X>

**Mestranda em Administração Pública (PROFIAP-UFV). Licenciada em Pedagogia pela Universidade Federal de Viçosa. ORCID: <https://orcid.org/0009-0006-0434-2720>

***Doutor em Administração pela Universidade Federal do Espírito Santo (UFES). Mestre em Administração pela Universidade Federal de Viçosa (UFV). Bacharel em Administração pela Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro (UFRRJ) e Bacharel em Gestão de Cooperativas pela Universidade Federal de Viçosa (UFV). Professor Adjunto do Departamento de Administração e Contabilidade da Universidade Federal de Viçosa (DAD-UFV). ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-2062-4593>

Como citar: DUMONT, Filipe Moreira; GONÇALVES, Marciana Aparecida Hilario Pena; CEZAR, Layon Carlos. Gestão de riscos nas compras públicas: reflexões sobre a nova Lei de Licitações e Contratos. *Revista do Direito Público*, Londrina, v. 19, n. 2, p. 185-206, jul. 2024. DOI: 10.5433/1980-511X.2024.v19.n2.p185-206. ISSN: 1980-551X.

Resumo: O presente artigo objetiva explorar como as mudanças introduzidas por meio da Nova Lei de Licitações e Contratos (NLLC) contribuem para a implementação de ferramentas gerenciais mais eficientes para gestão de riscos nas compras públicas. Para tanto, elaborou-se um estudo exploratório, de caráter hipotético dedutivo que, a partir da bibliografia disponível, tornou possível o levantamento de uma hipótese central, a qual poderá ser confirmada ou refutada posteriormente. Concluiu-se que a predileção pelo modelo gerencial impactou a elaboração da NLLC que introduziu diversos mecanismos de gestão de riscos nas compras públicas que inibem o comportamento oportunista dos agentes. Se bem utilizados, estes mecanismos podem auxiliar a Administração na busca por contratações eficientes que garantam melhores resultados.

Palavras-chave: gerencialismo; gerenciamento de riscos; gerenciamento de aquisições; compras públicas; licitações

Abstract: This paper explores how the changes introduced by the New Law on Bidding and Contracts (NLLC) contribute to implementing more efficient managerial tools for risk management in public procurement. To this end, an exploratory study was conducted using a hypothetical-deductive approach, based on available literature. This approach allowed the formulation of a central hypothesis that can be confirmed or refuted in future studies. This study's concludes that the preference for a managerial model influenced the development of the NLLC, which introduced various risk management mechanisms in public procurement to discourage opportunistic behavior among agents. When utilized effectively, these mechanisms can assist the Administration in achieving efficient contracting processes that ensure better outcomes.

Keywords: managerialism; risk management; procurement management; public procurement; public bidding processes

INTRODUÇÃO

A Administração Pública tem vivenciado nas últimas décadas uma mudança de paradigma. Após a recente perda de autonomia dos Estados-Nações ocasionada pelo grande poderio adquirido pelo mercado global, a burocracia que enrijece a estrutura estatal tem, cada vez mais, perdido espaço para o gerencialismo, modelo de gestão que confere maior discricionariedade aos agentes públicos, outorgando-os uma maior quantidade de instrumentos de gestão. Significa dizer que o modelo gerencial busca aproximar a gestão pública ao modelo de gestão privada.

As transformações ocorridas nas últimas décadas implicaram em diversas mudanças estruturais nas Administrações Públicas ao redor do mundo. A reforma administrativa implementada por Fernando Henrique Cardoso pode ser compreendida como o pontapé inicial deste processo no Brasil. No entanto, não é possível afirmar que a transição tenha sido finalizada por completo, até mesmo porque a burocracia sustenta importantes elementos do Estado Moderno constituído no Brasil após a redemocratização, constituindo-se como meio de concretizar o atendimento aos princípios da impessoalidade e isonomia.

A transição para o modelo gerencial ainda continua no país e, não por acaso, no dia 1º de abril de 2021 foi publicada a Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos (Lei n.º 14.133/21) – NLLC que, embora tenha entrado em vigor na data de sua publicação, conviverá com as outras leis, quais sejam, Lei n.º 8.666/93; Lei n.º 10.520/02; e os arts. 1º a 47-A da Lei n.º 12.462/11, até o dia 30 de dezembro de 2023, nos moldes do art. 193 da NLLC (Brasil, 2021) alterado, inicialmente, pela Medida Provisória N.º 1.167, de 31 de março de 2023 (Brasil, 2023a) e, posteriormente, pela Lei Complementar N.º 198, de 22 de junho de 2023 (Brasil, 2023b). Transcorrido este prazo, as contratações da Administração Pública brasileira passarão a ser realizadas em consonância ao disposto pela NLLC.

Como mencionado, a publicação da NLLC não surgiu por acaso. Pelo contrário, esta pesquisa apresenta argumentos que, a partir deles, torna-se possível concluir que a recente transformação ocorrida nos modelos de gestão pública ao redor do mundo, no Brasil, culminou na publicação da NLLC. Dentre diversas mudanças, a nova legislação atribuiu novas perspectivas às contratações no setor público brasileiro, principalmente no que tange aos mecanismos de gestão. A NLLC, portanto, ao acompanhar o processo de transição para modelo gerencial, passou a prever a faculdade e, em alguns casos, a obrigatoriedade de serem utilizados mecanismos de gestão de riscos, em especial nas compras públicas.

Em face desse contexto, o presente artigo objetiva explorar como as mudanças introduzidas por meio da Nova Lei de Licitações e Contratos contribuem para a implementação de ferramentas gerenciais mais eficientes para gestão de riscos nas compras públicas. Para tanto, elaborou-se um estudo exploratório, de caráter hipotético-dedutivo que, a partir da bibliografia disponível, tornou possível o levantamento da seguinte hipótese: *os mecanismos gerenciais presentes na NLLC permitem amenizar o comportamento oportunista dos agentes envolvidas no processo de compras públicas.*

Para tanto, primeiramente fez-se necessário estabelecer a forma como a Administração Pública realiza suas contratações para, logo após, discorrer sobre o gerenciamento nas aquisições públicas, sua importância e seus desafios, bem como se fez preciso investigar a importância do gerenciamento de riscos em um horizonte ampliado. Posteriormente, fez-se necessário compreender o comportamento dos agentes que transacionam, e como este comportamento impacta os custos dos negócios. Continuamente, procurou-se estabelecer a relação existente entre as transformações ocorridas nos modelos gerenciais ao redor do mundo e a publicação da NLLC. Ao final, investigou-se propriamente os mecanismos introduzidos pela nova lei, de forma a confirmar ou refutar a hipótese apresentada.

1 AS AQUISIÇÕES PÚBLICAS E SEUS INSTRUMENTOS NORMATIVOS

O procedimento que define especificamente as regras de aquisições no setor público é a licitação. Nas palavras de Di Pietro (2019, p. 755): “[...] a licitação é um procedimento integrado por atos e fatos da Administração e atos e fatos do licitante, todos contribuindo para formar a vontade contratual”.

O principal marco legal que trata dos processos de compra, aquisição, locação e contratação está contido na Constituição Federal de 1988 no Art. 37, inciso XXI, o qual determina que os contratos administrativos sejam precedidos de licitação, ressalvadas as exceções previstas em Lei. Bem como o estabelecido no Art. 175 de que as concessões e permissões de serviço público devem ocorrer sempre via procedimento licitatório (Brasil, 1988).

Nessa perspectiva, em atendimento à Carta Magna, foi publicada, em 1993, a Lei Geral de Licitações e Contratos, (Lei Nº 8.666/93) que estabelece regras para o processo de contratação e seleção de bens e serviços através de diversas modalidades (Brasil, 1993).

No que se refere à aquisição de bens e serviços comuns, visando facilitar os procedimentos e acelerar as contratações, em 2002 foi publicada a Lei 10.520 que disciplina o pregão enquanto modalidade de licitação para objetos cujo padrão de desempenho e qualidade possam ser objetivamente definidos pelo edital, por meio de especificações usuais no mercado (Brasil, 2002). Sob esse viés, foi instituído, também, o Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC), aplicável exclusivamente às licitações e contratos específicos determinados na Lei 12.462/11.

Nessa lógica, visando modernizar o processo licitatório e aperfeiçoar os certames, foi constituída a Lei 14.133/21 que integra em uma única Lei os três diplomas normativos já mencionados: Lei nº 8.666/93, Lei nº 10.520/02 e a Lei nº 12.462/11. Desse modo, a nova lei institui mudanças às normas referentes aos sistemas de contratação da Administração Pública, na intenção de aprimorar os processos licitatórios do país, ao buscar uma maior eficiência nos processos de compra ou contratação de bens e serviços, bem como visar maior transparência para todo o processo licitatório.

Nesse contexto, percebe-se que a licitação não é uma atividade facultativa da Administração Pública, dado que o “ente público tem o dever de licitar antes de contratar, sob pena de nulidade do ato administrativo” (Rosset *et al.*, 2020, p. 44). Contudo, a legislação assinala algumas ressalvas nas hipóteses de inexigibilidade e dispensa de licitação, são as chamadas contratações diretas - contratações que não são precedidas de procedimento licitatório.

Dessa forma, faz-se necessário destacar a complexidade do processo licitatório mediante o contexto social brasileiro contemporâneo, marcado pelo contingenciamento de verbas e ajustes fiscais, o que resulta numa crescente cobrança pela eficiência na gestão dos recursos e gerenciamento eficaz das aquisições na Administração Pública. Araújo, Pinheiro Júnior e Abreu, (2016) e Krammes (2013), apresentam que o conhecimento é fundamental para o sucesso das aquisições, visto ser indispensável adquirir-se bens ou serviços em consonância com as reais necessidades da Administração Pública, buscando a diminuição da ocorrência de aquisições inúteis que, por conseguinte, acarretem em perda de recursos.

As boas práticas de gerenciamento, portanto, são essenciais para aprimorar os resultados nas aquisições públicas e na alocação de dispêndios, uma vez que asseguram maior controle na gestão desses recursos e, portanto, colaboram para a maior eficiência das aquisições e das contratações públicas (Araújo; Pinheiro Júnior; Abreu, 2016).

2 GERENCIAMENTO DAS AQUISIÇÕES PÚBLICAS E SEUS RESPECTIVOS RISCOS

A gestão pública está inserida em um sistema complexo marcado por mudanças constantes no qual predomina um ambiente de incertezas e superação de desafios. Dessa forma, diante da necessidade de ofertar serviços públicos de qualidade à sociedade, mesmo frente à limitação dos recursos, surge, para o agente público, a obrigação de adotar ferramentas gerenciais para identificar, analisar e avaliar os riscos que podem comprometer o bom funcionamento das organizações.

Todavia, para empregar práticas de gerenciamento, é imprescindível considerar as características singulares da Administração Pública em virtude de suas peculiaridades estruturais. Nesse sentido, Pisa e Oliveira, (2013), afirmam por exemplo, que a adoção de boas práticas de gerenciamento de projetos no setor público, tem trazido inovações nos modelos de gestão e na adoção de estratégias favoráveis a governança, bem como tem proporcionado maior eficiência na execução, controle e consecução dos resultados estabelecidos nos planos governamentais.

Em consonância a isso, Rosset *et al.* (2020), ressaltam que projetos públicos não visam o retorno financeiro, pois a finalidade é o retorno social em um período mais longo de tempo. Logo, os resultados dos projetos buscam alcançar o bem público e, portanto, o bem social.

Dessa forma, dentre as características observadas nos processos de gerenciamento de projetos públicos em relação ao setor privado, destaca-se o aspecto social dos projetos governamentais e o ciclo orçamentário anual que pode ser traduzido como a obrigatoriedade da aprovação anteci-

pada junto com a previsão dos recursos para execução do projeto, o que engendra uma limitação no gerenciamento de projetos de governo (Kreutz; Vieira, 2018).

Assim, nas organizações públicas o gerenciamento de aquisições é submetido a obrigações legais e penalidades vinculadas ao processo de contratação. Todas essas particularidades devem ser ponderadas e previstas pela legislação no contexto em que se objetive a inserção dos mecanismos de gestão de riscos às aquisições públicas.

Perante a imprevisibilidade da gestão pública, a implementação do gerenciamento de risco é um fator importante para auxiliar nas deliberações institucionais e no desenvolvimento de ações que visem melhor conduzir as incertezas pertinentes às decisões que envolvem a Administração Pública. Borraz (2014), afirma que, as incertezas apresentadas em relação à ação, se acumuladas, podem configurar-se em risco.

No âmbito do serviço público, tem-se demandado dos agentes públicos a tomada de decisões cada vez mais complexas sobre os riscos, sejam eles tecnológicos, de bem-estar econômico, prestação de serviços, entre tantos outros. Dessa forma, o trabalho nas esferas governamentais cujo meio é descrito por incertezas, a gestão de risco tem sido atestada como instrumento fundamental na deliberação apropriada no que tange às políticas, programas e serviços, uma vez que estas ferramentas auxiliam no gerenciamento de recursos, portanto, na qualidade do serviço público. Isso porque os deveres e responsabilidades em relação ao bem coletivo exigem a utilização de práticas, estratégias e instrumentos de gestão de riscos, os quais devem almejar a eficiência e a efetividade nas entregas públicas (Silva *et al.*, 2021).

A gestão de riscos consiste, pois, em um processo metódico de constatação, diagnóstico e avaliação de ameaças, monitoramento e determinação de resposta adequada ao agravo (Project Management Institute, 2017). O risco pode ser definido, nas palavras de Borraz (2014, p. 111), como: “[...] uma qualidade que vem a ser associada a uma atividade no desenvolver de um processo de contestação. Durante esse processo, incertezas são levantadas com relação à atividade. À medida que essas incertezas se acumulam, convertem-se em um risco”.

Portanto, os projetos públicos, por apresentarem ações únicas e serem circundados por incertezas, tornam o risco um fator inerente, na medida em que as incertezas se acumulam ao decorrer do projeto.

De acordo com Freitas (2002), o risco possui duas variáveis: a probabilidade de sua ocorrência e; o impacto sobre o projeto, isto é, a severidade do dano, ou a grandeza do benefício. Assim, considerando que essas variáveis podem afetar negativamente os projetos, é preciso assegurar que esses eventos sejam compreendidos, avaliados, monitorados e respondidos, sempre com a finalidade de diminuir a probabilidade de ocorrência dos riscos, bem como diminuir seus impactos.

Diante disso, o gerenciamento dos riscos do projeto pode aumentar a possibilidade e/ou o efeito dos riscos positivos e diminuir a chance e/ou o resultado dos riscos negativos, visando potencializar as oportunidades de êxito dos projetos, ou seja, aumentar a eficiência das operações dentro

da organização, tendo em vista ampliar os benefícios e reduzir os gastos com atividades instáveis. Assim sendo, “[...] administrar um objeto repleto de incertezas exige o uso de técnicas, procedimentos e instrumentos que as converterão em dimensões sobre as quais se pode agir” (Borraz, 2014, p. 112).

Nesse enquadramento, a gestão do risco é fator fundamental para o sucesso do projeto e, por isso, demanda esforço contínuo de compreensão e previsão. Em consonância a esse entendimento, Hill (2006), declara que: “[...] uma boa gestão de riscos exige-se esforço holístico, interdisciplinar e interministerial, que nos permita identificar uma ampla gama de riscos. Exige, também, um esforço permanente de sondagem do ambiente que nos permita detectar e transformar condições de risco” (Hill, 2006, p. 40).

A vista disso, no que concerne à gestão de riscos, uma das vantagens da implementação é o aumento da eficiência das operações dentro da organização. Eficiência esta que será explorada de maneira pormenorizada adiante.

O uso de ferramentas gerenciais para a gestão de projetos, permite um acompanhamento detalhado dos riscos inerentes aos projetos. Porém, o atendimento às orientações normativas específicas que regulam tal cenário constitui fator fundamental para o atendimento aos objetivos traçados. Nesse sentido, cabe destacar que o marco inicial da regulamentação do gerenciamento de riscos é a Instrução Normativa Conjunta nº 1/MP-CGU, de 10 de maio de 2016, que determinou prazo para implantação de uma política de riscos nos órgãos do poder executivo federal (Brasil, 2016a). Nesse mesmo ano, foi publicada a Lei nº 13.303, de 30/06/2016, que dispõe sobre o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias, as quais deverão adotar controles proporcionais à relevância, à materialidade e aos riscos do negócio do qual são partícipes (Brasil, 2016b).

É importante salientar que, esse processo foi impulsionado pelos órgãos de controle, Ministério da economia, a Controladoria-Geral da União (CGU) e o Tribunal de Contas da União (TCU). Visando fortalecer a gestão de riscos e os controles interno, o TCU tem estabelecido ações que se utilizam da lógica e dos marcos legais, como mostra diversos Acórdãos: Acórdão nº 12.700/2016 e Acórdão nº 4222/2017. Tais Acórdãos recomendam às instituições, a adoção dos modelos de melhores práticas internacionais gestão de riscos corporativos instituído pelo COSO (*Committee of Sponsoring Organizations of the Treadway Commission*) (Braga, 2017).

Nessa direção, a gestão de riscos foi incorporada efetivamente como diretriz da Administração Pública por meio do Decreto nº 9.203, publicado em 22 de novembro 2017. Desta forma, o gerenciamento de riscos tem se apresentado como ferramenta de referência para uma boa governança (Silva *et al.*, 2021).

Esse movimento de introdução dos mecanismos de gestão de riscos tem ocorrido, embora ressalte Braga (2017), que falta a formação de uma base crítica de discussão sobre os riscos na gestão, principalmente nas Administrações Públicas. Para o autor, as organizações inseridas nesse contexto, apresentam características próprias que podem limitar ou até mesmo frustrar a efetividade

de da gestão de riscos, uma vez que o desenvolvimento se deu, primordialmente, em virtude das necessidades do setor privado.

No entanto, na tentativa teórica de estabelecer instrumentos de gestão de riscos próprios às compras públicas, alguns autores têm apontado, em especial, a existência de pressupostos comportamentais inerentes aos agentes que transacionam. Comportamentos estes que podem comprometer a eficiência das compras públicas, de modo a diminuir, por conseguinte, a qualidade destas transações.

3 TEORIA DOS CUSTOS DE TRANSAÇÃO E AS COMPRAS NO PODER PÚBLICO

Sem uma adequada gestão de riscos, a Administração Pública fica sujeita à possibilidade de não ter a melhor eficiência em relação as suas aquisições justamente devido ao comportamento dos agentes fornecedores. Segundo Cavalcanti e Martens (2015), os agentes fornecedores podem ter comportamentos oportunistas quando, por exemplo, o produto não for devidamente qualificado no edital, em razão da racionalidade limitada do agente comprador; ou quando o agente fornecedor prover informações incompletas e/ou distorcidas acerca do produto/serviço ao agente comprador, caracterizando esta conduta como oportunista.

Neste sentido, tem-se que as transações são realizadas entre agentes e por isso a subjetividade não pode ser ignorada ao se pensar uma teoria que busca compreender seus custos. Para Silva Filho (2006, p. 270), “[...] focalizar analiticamente o universo das transações ignorando as características dos agentes envolvidos nelas certamente não nos parece a maneira mais adequada de teorizar sobre os fenômenos econômicos”.

É preciso compreender, portanto, como se dá a transação e como se comportam os indivíduos que transacionam, uma vez que a busca pela redução dos custos advindos das transações depende diretamente da coordenação das ações destes indivíduos (Peres, 2007). Quanto mais apropriada for a coordenação entre os componentes de uma determinada organização, menores serão os custos de transação (Azevedo, 2000).

Segundo Williamson (1985), os custos de transação são comumente distinguidos em “*ex ante*” e “*ex post*”, antes da transação e depois de realizada a transação, respectivamente. Segundo o autor, o custo “*ex ante*” é verificado na fase de elaboração e negociação. Nas palavras de Williamson (1985, p. 20, tradução nossa):

Este primeiro (*ex ante*) refere-se aos custos de redigir, negociar e proteger um acordo. Isso pode ser feito com muito cuidado, caso em que um documento complexo é redigido no qual numerosas contingências são reconhecidas, e adaptações apropriadas pelas partes são estipuladas e acordadas antecipadamente. Ou o documento pode ser muito incompleto, cabendo às partes preencher as lacunas à medida que as contingências surgem.

Já os custos de transação “*ex post*” são verificados após a contratação e, segundo Williamson (1985), podem ocorrer de formas diversas como, por exemplo, os gastos com advogados quando se faz necessário recorrer à justiça para dirimir eventuais litígios.

Em linhas gerais, dos custos de transação “*ex post*” apontados pelo autor, pode-se inferir que todas as formas advêm do desalinhamento entre as partes negociantes. Ainda em relação aos custos de transação, a teoria parte do pressuposto que os indivíduos possuem uma “racionalidade limitada” e agem pelo próprio interesse ou por “oportunismo” (Williamson, 1985).

Em contraponto à visão idealista sobre a essência humana, acredita-se que é possível assumir os pressupostos comportamentais nas transações entre duas organizações porque essas transações perseguem a diminuição dos custos e, conseqüentemente, o aumento do lucro. Por esse motivo, os agentes que transacionam se comportam diante da realidade na qual estão inseridos – modo capitalista de produção – de forma a buscarem a maximização de seus ganhos. É possível, pois, que, frente às transações capitalistas entre organizações, o oportunismo possa ser presumido.

Retomando, segundo Williamson (1985), os agentes possuem racionalidade limitada significa dizer que estes indivíduos que transacionam têm restrições quanto ao processamento de todas as informações, mesmo que elas estejam completas. Além disso, os agentes também pautam suas ações no oportunismo, de forma a usarem, inclusive, trapaças e outros artificios maliciosos para satisfazerem os interesses da organização que representam.

Importante destacar que o comportamento oportunista impacta não apenas as organizações privadas, mas, afeta, também, as transações que envolvem organizações públicas, principalmente porque essas transações, embora regidas por leis específicas, são firmadas por agentes dotados de subjetividade e, portanto, sujeitos aos comportamentos oportunistas e às suas racionalidades limitadas.

Para ilustrar tal cenário torna-se necessário discorrer sobre o estudo realizado por Cavalcanti e Martins (2015). Em tal investigação foi averiguado o quanto o gerenciamento de riscos pode beneficiar um hospital público quanto às aquisições realizadas. Foram apontados problemas que ocorriam no hospital em relação às suas aquisições anteriormente à implementação da gestão de riscos. Dentre estes problemas, destaca-se, sobretudo, a ausência de contato da equipe de compras com a equipe que utilizava de fato os materiais adquiridos, o que gerava uma assimetria entre as informações que dispunham o agente comprador e o agente fornecedor, o que acabava por facilitar o comportamento oportunista deste último (Cavalcanti; Martins, 2015).

Evidencia-se que, embora os requisitos da Lei de Licitações fossem sempre plenamente atendidos, à Cavalcanti e Martins (2015), foi relatado que o hospital, antes de iniciar a gestão de riscos, encarou diversos problemas relacionados a má qualidade dos produtos adquiridos.

Cavalcanti e Martins (2015), apontaram ainda que, após o diagnóstico dos problemas enfrentados pela equipe de compras do hospital pesquisado, iniciou-se a gestão de risco nas aquisições da organização. Diversas posturas adotadas pela organização foram capazes de melhorar a qualidade das compras do hospital e, dentre elas, ressaltam-se: i) a participação dos profissionais de

saúde nos pregões para que o produto fosse avaliado diretamente pelos profissionais utilizadores diretos dos bens; ii) criação de banco de dados com as marcas e padrões dos produtos; iii) exigência de amostra dos produtos para análise da equipe técnica antes da conclusão da compra; e, por fim, iv) nos casos de defeitos nos produtos, o acionamento dos fornecedores para que fosse efetuada a troca/devolução.

Assim, embora a gestão de riscos implementada pelo hospital pesquisado tenha apresentado resultados contundentes, não havia respaldo jurídico para algumas das condutas implementadas pela entidade. Isso ocorria porque a Lei de Licitações não previa mecanismos que tornassem possível uma adequada gestão de riscos. Esse contexto, no entanto, foi alterado com o advento da Lei N.º 14.133/21, a Nova Lei de Licitações e Contratos - NLLC, a qual passou a prever diversos mecanismos aptos a gerirem os riscos nas aquisições realizadas por meio de procedimento licitatório como apresentado na sequência.

4 A NLLC E O ALICERCE PARA O MODELO GERENCIAL

Os estudos realizados anteriormente à publicação da NLLC, no que tange à governança, apontavam a necessidade de as compras públicas se tornarem mais ágeis e eficientes. É o caso dos estudos realizados por Oliveira (2015), e Felipe (2020), que apontaram diversos problemas relacionados às licitações realizadas sob a égide da Lei N.º 8.666/93. Dentre eles, faz-se necessário destacar, nas palavras de Oliveira (2015, p. 143):

Tem-se que, ao lado da aplicação da lei (atividade vinculada, mero cumprimento), avultam outras atividades cotidianas não previstas pelo sistema rígido da burocracia (decisões de vontade, discricionárias, meramente intelectivas). Daí o próprio serviço público carecer de algo mais que um cumpridor de lei profissional. Demanda servidores capacitados a tomar decisões; daí ser necessária a eles mais autonomia e delegação de responsabilidades, requerendo, por conseguinte, uma administração pública mais descentralizada.

Percebe-se que, assim como averiguado por Cavalcanti e Martens (2015), a pura aplicação da lei poderia levar à perda de qualidade nas aquisições, uma vez que, não havia quaisquer instrumentos normativos direcionados à gestão dos riscos nessas transações. Assim, a desqualificação dos agentes públicos responsáveis pelas compras – o que se relaciona à racionalidade limitada -, o oportunismo dos agentes fornecedores e, além disso, a ausência de instrumentos adequados à gestão de riscos, correspondem a uma soma de fatores que inviabilizam a otimização das compras realizadas pela Administração Pública.

Frisa-se, ainda, que a ausência dos mecanismos de gestão de riscos na legislação anterior está relacionada ao modelo burocrático de gestão, o qual emoldura rigidamente a Administração Pública brasileira e, portanto, enrijece o procedimento pelo qual são realizadas as compras públicas. O objetivo deste modelo burocrático surgido em meados do século XIX era, justamente, combater a pessoalidade nas organizações. Embora o modelo burocrático seja necessário para o cumprimento

do princípio constitucional da isonomia, seu mau uso tem provocado paralisias e entraves relacionados ao gerenciamento (Oliveira, 2015).

A tendência neoliberal surgida nas décadas de 70 e 80 fez com que a Administração Pública brasileira passasse a buscar a passagem do modelo burocrático de gestão para o modelo de administração gerencial que, alinhado às boas práticas de governança, seria capaz de potencializar os resultados obtidos pelo Estado. Para os neoliberais, a lógica se inverte, visto que os burocratas constituem uma elite especializada, dotada de certas quantidades de informações que propiciam o comportamento oportunista dos agentes públicos, o que os colocaria em vantagem política (Aragão, 1997).

O ideário neoliberal, predominante a partir do final do século passado, repudia a burocracia, imputando-a a culpa pela ineficiência estatal na gestão das políticas públicas, sobretudo, as orçamentárias. Aponta Aragão (1997), que uma possibilidade à ineficiência estatal e ao radicalismo neoliberal de repúdio à burocracia pode ser o chamado insulamento burocrático, que consiste na construção de um “núcleo duro” burocrático capaz de resistir às pressões externas do ambiente e, assim, capaz de garantir governança. O insulamento pode ser observado, por exemplo, na exigência de concursos públicos, os quais objetivam a não captura da estrutura burocrática pelo interesse privado. No entanto, o autor destaca, também, que o isolamento excessivo desta estrutura de governança pode conduzir a estrutura pública à demasiada tecnocracia e vincular excessivamente os atos dos gestores públicos.

Em contraposição ao ideário neoliberal no que tange à atuação estatal, o modelo gerencial, surgido a partir da década de 80, preconiza a orientação do Estado voltada para critérios de eficiência e, por isso, contrapõe-se, também, ao modelo burocrático (Aragão, 1997).

Cabe aprofundar um pouco mais no tema do gerencialismo pois este modelo de gestão, devido a sua complexidade, costuma ser dividido pelos autores em duas gerações. A primeira geração se consubstancia na adaptação do setor público à lógica da iniciativa privada. A segunda geração, por sua vez, objetiva a promoção de um governo mais flexível e eficiente por meio do uso de ferramentas de gestão de desempenho, avaliação e monitoramento de políticas públicas, bem como outros gerenciamentos necessários à boa execução dos projetos. Embora o modelo gerencial objetive conferir autonomia aos agentes públicos, uma de suas características é o excessivo foco no monitoramento e, assim, há, conseqüentemente, o aumento no controle (Cavalcante, 2017).

Na difícil tentativa de encontrar características comuns aos modelos gerenciais implementados nas Administrações Públicas ao redor do mundo, Cavalcante (2017, p. 18) observou:

Sem dúvida, um movimento dinâmico como a onda gerencialista logicamente sofre com limitações à simplificação. Logo, as análises para compreender a evolução de processos reformistas bastante complexos, ambíguos e dinâmicos caminham mais para um olhar sobre as múltiplas dimensões ou tendências de princípios e diretrizes, bem como suas aplicações efetivas (ferramentas de gestão) do que propriamente um modelo estático e bem delimitado.

As ferramentas de gestão se mostram como a principal inovação do modelo gerencialista introduzido nas Administrações Públicas. No Brasil, bem como outros diplomas normativos, a NLLC parece se amoldar às diretrizes principais do modelo gerencialista, sobretudo em relação à segunda geração, o que será explorado adiante.

Aparenta ter sido o modelo gerencial o preterido em detrimento do modelo burocrático de gestão nas últimas décadas no Brasil. Durante o século XXI, muitos processos de reforma administrativa foram implementados na Administração Pública brasileira, com vistas à aproximação ao modelo de gestão privado, com fundamentos nas teorias organizacionais privadas. São exemplos dessa reforma gerencial do setor público aquela iniciada por Fernando Henrique Cardoso na década de 1990, bem como o denominado “Choque de Gestão”, posto em prática no Estado de Minas Gerais já no século XXI (Brulon; Vieira; Darbilly, 2013). Percebe-se pois, que ao final do século passado, a Administração Pública brasileira iniciou a transição para o modelo gerencial apropriando-se das características objetivadas pela primeira geração, precisamente ao buscar a adaptação da gestão pública à lógica do setor privado.

Na esteira do pensamento favorável à adoção do modelo gerencialista, Oliveira (2015), - mesmo não destacando a distinção entre as gerações do modelo gerencialista - argumenta ser necessária a compatibilização do regramento das compras públicas ao modelo gerencial, com a finalidade de torná-las mais eficientes sem, no entanto, deixar de seguir os parâmetros da legislação. Dessa forma, Oliveira (2015), mesmo que implicitamente, denota que se faz necessária à adaptação do regramento relacionado às licitações ao modelo gerencialista que busca a eficiência por meio dos mecanismos de gestão. Mais precisamente, significa dizer que a autora defende a implementação dos mecanismos próprios à segunda geração de modelos gerenciais, os quais buscam, sobretudo, a eficiência.

De forma bem simples, a eficiência pode ser mensurada pela quantidade de recursos que uma instituição recebe em relação a quantidade de serviços prestados (Maciel, 2013). No espectro das compras públicas, infere-se que a eficiência pode ser mensurada por meio da quantidade de recursos empregados numa transação em contraposição a quantidade de recursos adquiridos. Ou seja, quanto menos recursos forem despendidos em uma dada transação, maior será a eficiência. Neste sentido, é possível perceber que a busca por eficiência se relaciona diretamente com busca pela redução dos gastos públicos. A recíproca, neste caso, também é verdadeira, pois a redução dos custos de uma dada transação pode aumentar diretamente a eficiência.

Cabe destacar que a eficiência se faz presente, ainda, como princípio norteador não só das contratações públicas como preconiza o art. 5º da NLLC (Brasil, 2021), mas, sobretudo, como princípio norteador de toda a Administração Pública brasileira, nos moldes do art. 37 da Constituição da República (Brasil, 1988). Transvestida de princípio, cabe a legislação infraconstitucional estipular meios para que o agente público possa, de maneira concreta, tornar a Administração Pública eficiente.

Por fim, menciona-se outra importante alteração trazida pela NLLC que se consubstancia como evidência da tônica gerencialista proposta pela nova legislação. Como mencionado acima, Fer-

nando Henrique Cardoso, iniciou a transição para o modelo gerencial que possuía, também, como característica, a gestão por resultados. Nas palavras de Garces e Silveira (2014, p. 55):

As inovações gerenciais, introduzidas pelo PPA 2000-2003, decorrem da evolução de uma experiência-piloto de gerenciamento, executada entre 1996 e 1999. Ainda, no primeiro mandato do presidente Fernando Henrique Cardoso, foi criado o Programa Brasil em Ação, com a finalidade de administrar um conjunto de 42 empreendimentos estratégicos, distribuídos nas áreas social e de infraestrutura, no valor total de US\$ 28 bilhões, dos quais apenas 16,5% eram recursos do orçamento da União. Pela primeira vez, foram empregados os gerentes de empreendimento, o sistema de informações gerenciais, o controle de fluxo financeiro e a gestão de restrições. O êxito dessa experiência foi determinante para que o governo tomasse a decisão de adotar esses princípios para todas as ações do Governo Federal.

Destaca, também, Pinheiro e Rocha (2012, p. 199) que a gestão por resultados é característica do modelo gerencial. Em suas palavras: “Nas últimas duas décadas, é possível notar que os governos estão se adaptando a modelos de cunho gerencialista, que prezam pelo melhor desempenho e pela adoção de formatos que proporcionem reconhecidos resultados, ou seja, mais gerenciais na condução dos projetos públicos”.

A gestão por resultados, como característica do modelo gerencial, refletiu na sutil alteração dos objetivos do processo licitatório na NLLC. A Lei nº 8.666/93 foi publicada anteriormente à introdução do modelo gerencial no país e, por isso, não possui a tônica gerencialista em seu texto. Assim, a Lei nº 8.666/93 descreve os objetivos do procedimento licitatório da seguinte forma (Brasil, 1993):

Art. 3º A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos.

Percebe-se que um dos objetivos é a “seleção da proposta mais vantajosa para a administração”. Por outro lado, a NLLC, ao descrever os objetivos das licitações, altera ligeiramente esta finalidade. Nota-se Art. 11. “O processo licitatório tem por objetivos: I - assegurar a seleção da proposta apta a gerar o resultado de contratação mais vantajoso para a Administração Pública, inclusive no que se refere ao ciclo de vida do objeto [...]” (Brasil, 2021).

O objetivo agora passa a ser “assegurar a proposta apta a gerar o resultado de contratação mais vantajoso para a Administração Pública” (Brasil, 2021). Apesar de sutil, a alteração significa que a Administração, agora, deve buscar a contratação apta a gerar resultados vantajosos. A vantajosidade, agora, passa a estar relacionada com a busca pelo resultado. Essa é, portanto, outra evidência de que a NLLC aderiu, de fato, ao modelo gerencialista.

Assim, a NLLC, embora publicada em 2021, no dia 30 de dezembro de 2023 se tornará o único diploma normativo que disciplina as contratações via licitação. Influenciada pelo modelo

gerencialista, a Lei N.º 14.133/21, ao introduzir mecanismos aptos a gerirem os riscos advindos das transações, possui como objetivo principal a busca por eficiência/resultado nas contratações públicas e é o que se passa a analisar.

5 GESTÃO DE RISCOS NAS CONTRATAÇÕES REGIDAS PELA NOVA LEI DE LICITAÇÕES E CONTRATOS

A análise relacionada à *gestão de riscos* nas compras públicas passa primeiramente pela análise de *gestão de riscos* relacionada às licitações em geral. A partir disso, observa-se que a legislação anterior – Lei N.º 8.666/93 – possui, em seu texto, a palavra *risco* por três oportunidades. Já a Nova Lei de Licitações e Contratos – Lei N.º 14.133/21 possui, em seu texto, quarenta e oito vezes a menção à palavra *risco* e, dentre essas menções, por duas oportunidades o termo encontra-se relacionado ao termo *gestão*, formando a expressão *gestão de riscos*.

Embora apenas a aparição do termo não indique efetivamente que a nova legislação tenha introduzido a *gestão de riscos* nas contratações públicas, destaca-se que a quantidade de vezes que a palavra *risco* aparece pode ser entendida ao menos como uma primeira evidência de que o legislador, ao redigir a nova legislação, queira dar ênfase ao tema.

Como mencionado, a *gestão de riscos* no contexto da Nova Lei de Licitações e Contratos aparece explicitamente por duas oportunidades. Na primeira delas, aparece relacionada aos objetivos do processo licitatório, como apresentado:

Art. 11. O processo licitatório tem por objetivos: [...] Parágrafo único. A alta administração do órgão ou entidade é responsável pela governança das contratações e deve implementar processos e estruturas, inclusive de gestão de riscos e controles internos, para avaliar, direcionar e monitorar os processos licitatórios e os respectivos contratos, com o intuito de alcançar os objetivos estabelecidos no caput deste artigo, promover um ambiente íntegro e confiável, assegurar o alinhamento das contratações ao planejamento estratégico e às leis orçamentárias e promover eficiência, efetividade e eficácia em suas contratações (Brasil, 2021).

A *gestão de riscos* no contexto do parágrafo único do Art. 11, encontra-se diretamente relacionada à busca pela promoção de eficiência, efetividade e eficácia das contratações. É justamente essa relação que o modelo gerencialista, singularmente na segunda geração, almeja. Significa dizer que processos de gestão devem ser utilizados com o objetivo de, nos termos da lei: “promover um ambiente íntegro e confiável, assegurar o alinhamento das contratações ao planejamento estratégico e às leis orçamentárias e promover eficiência, efetividade e eficácia em suas contratações” (Brasil, 2021).

Na segunda oportunidade em que *gestão de riscos* aparece na legislação, a expressão encontra-se relacionada ao *controle das contratações*, justamente outro aspecto relevante da segunda geração do modelo gerencial. Observa-se:

Art. 169. As contratações públicas deverão submeter-se a práticas contínuas e permanentes de gestão de riscos e de controle preventivo, inclusive mediante adoção de recursos de tecnologia da informação, e, além de estar subordinadas ao controle social, sujeitar-se-ão às seguintes linhas de defesa: [...] § 1º Na forma de regulamento, a implementação das práticas a que se refere o caput deste artigo será de responsabilidade da alta administração do órgão ou entidade e levará em consideração os custos e os benefícios decorrentes de sua implementação, optando-se pelas medidas que promovam relações íntegras e confiáveis, com segurança jurídica para todos os envolvidos, e que produzam o resultado mais vantajoso para a Administração, com eficiência, eficácia e efetividade nas contratações públicas (Brasil, 2021).

Relevante destacar que o §1º do art. 169, bem como o parágrafo único do art. 11, relacionam o *controle* e a *gestão de riscos* à eficiência. A anterior e discreta previsão legislativa acerca do controle nos contratos administrativos (Torres, 2022), se contraposta à nova previsão da NLLC, evidencia ainda mais o caráter gerencial introduzido pelo legislador, o qual se preocupou em aumentar o monitoramento sob as contratações públicas nos moldes objetivados pela segunda geração do modelo gerencial.

Tanto é verdade que a nova legislação possui um capítulo específico denominado *do controle das contratações*. Não só isso, o *controle interno* passou a ser essencial para que a Administração Pública possa perseguir seus objetivos quando das contratações pois passou a ser previsto como órgão de assessoramento ao administrador público; de apoio ao agente de contratações e sua equipe, e, por fim, de auxílio ao fiscal do contrato (Avelar; Resende, 2021).

Cabe enfatizar que a expressão *gestão de riscos* aparecer por apenas duas oportunidades na nova legislação não significa dizer que os riscos devam ser geridos apenas em relação a estes dois momentos específicos. Como passar-se-á a analisar, a introdução de mecanismos de gestão de riscos pode ser observada, também, nas novas disposições acerca das compras públicas.

6 GESTÃO DE RISCOS NAS COMPRAS PÚBLICAS A PARTIR DA NLLC

As compras realizadas pela Administração Pública encontram-se disciplinadas na nova legislação do art. 40 ao art. 44, na subseção I (Brasil, 2021). Não obstante da ausência de explícita referência à *gestão de riscos* na subseção I da NLLC, é possível perceber que o legislador se preocupou em oferecer ferramentas para que o administrador possa gerir riscos nas compras.

O primeiro aspecto relevante a ser considerado é a opção de ser confeccionado o *planejamento de compras*. O art. 40 apresenta algumas condições que devem ser observadas ante a realização deste planejamento e, dentre elas, destaca-se: “i) determinação de unidades e quantidades a serem adquiridas em função do consumo e utilizações prováveis” (Brasil, 2021). Embora à primeira vista pareça basilar, quantificar as quantidades a serem adquiridas torna-se importante sobretudo quando os produtos possuem prazo de validade, por exemplo. O planejamento que não utilize método para quantificar a demanda da Administração por determinado produto, coloca em risco tanto os

utilizadores diretos dos produtos, quanto a própria Administração que despendeu recursos para adquiri-los. Significa dizer que planejar as aquisições minimiza riscos relacionados, por exemplo, ao perecimento dos bens adquiridos.

Neste sentido, é possível supor que os dados quantitativos coletados acerca das aquisições realizadas no passado, por exemplo, podem ser considerados como *entrada* no gerenciamento de riscos. Isso porque deixar de quantificar com certa precisão as quantidades a serem adquiridas de determinado produto é, por si só, um risco ao projeto e, portanto, deve ser identificado, de modo que seja possível incluí-lo ao planejamento da gestão de riscos.

O segundo aspecto relevante a ser observado em relação ao gerenciamento de riscos nas compras públicas são os princípios específicos trazidos pela nova legislação (Brasil, 2021) nota-se:

Art. 40. O planejamento de compras deverá considerar a expectativa de consumo anual e observar o seguinte: [...] V - atendimento aos princípios: a) da padronização, considerada a compatibilidade de especificações estéticas, técnicas ou de desempenho; b) do parcelamento, quando for tecnicamente viável e economicamente vantajoso; c) da responsabilidade fiscal, mediante a comparação da despesa estimada com a prevista no orçamento.

O princípio da padronização deve ser entendido não como propriamente instrumento de gestão de riscos nas compras porque não materializa a conduta do agente. O caráter de princípio revela, assim, que a padronização deve guiar as compras públicas, cabendo a outros dispositivos da legislação estipular o modo como isso deve ser feito. Deste modo, o §1º do mesmo artigo dispõe acerca do que deve estar contido no termo de referência do edital além dos elementos descritos no inciso XXIII do caput do art. 6 da Nova Lei de Licitações e Contratos (Brasil, 2021) nota-se:

§ 1º O termo de referência deverá conter os elementos previstos no inciso XXIII do caput do art. 6º desta Lei, além das seguintes informações: I - especificação do produto, preferencialmente conforme catálogo eletrônico de padronização, observados os requisitos de qualidade, rendimento, compatibilidade, durabilidade e segurança; II - indicação dos locais de entrega dos produtos e das regras para recebimentos provisório e definitivo, quando for o caso; III - especificação da garantia exigida e das condições de manutenção e assistência técnica, quando for o caso.

É possível perceber que o §1º do art. 40 materializa o princípio da padronização ao estipular que o termo de referência deve conter especificação do produto preferencialmente conforme catálogo eletrônico de padronização, devendo ser observados os requisitos de qualidade, rendimento, compatibilidade, durabilidade e segurança (Brasil, 2021). Além disso, o art. 43 da nova legislação também materializa o princípio da padronização ao explicitamente mencionar o que deve abarcar o processo de padronização. Nota-se:

Art. 43. O processo de padronização deverá conter: I - parecer técnico sobre o produto, considerados especificações técnicas e estéticas, desempenho, análise de contratações anteriores, custo e condições de manutenção e garantia; II - despacho motivado da autoridade superior, com a adoção do padrão; III - síntese da

justificativa e descrição sucinta do padrão definido, divulgadas em sítio eletrônico oficial (Brasil, 2021).

É possível perceber que o processo de padronização deve ser utilizado como *entrada* para o gerenciamento de riscos, uma vez que deve ser realizado parecer técnico sobre o produto considerando suas especificações técnicas e estéticas, desempenho, bem como conter análise sobre contratações anteriores, seus custos e condições de manutenção e garantia. Ou seja, o processo de padronização deve ser a entrada para que seja possível identificar riscos potenciais que podem ser avaliados, monitorados e, posteriormente, amenizados.

Sob a égide da legislação anterior que não previa explicitamente a exigência da padronização, a Administração Pública muitas vezes adquiria produtos de baixa qualidade pois as compras estavam relacionadas mais ao quesito *menor preço* do que ao quesito *qualidade*. É o que observaram Cavalcanti e Martins (2015), acerca das compras realizadas no hospital pesquisado antes da introdução do gerenciamento de riscos. Nas palavras de Cavalcanti e Martins (2015, p. 1740):

Portanto, infere-se do relato da Gerente de Compras que os processos de compra do hospital estavam mais vinculados ao quesito “menor preço” do que ao quesito “qualidade”, pois a grande consequência dessas aquisições, na época, foi o desperdício relatado pelo Gerente de Risco, embora o agente comprador tenha atendido à Lei de Licitações.

Percebe-se que a legislação anterior não munia a Administração com instrumentos capazes de salvaguardar a qualidade dos bens adquiridos, em vez disso, os bens eram adquiridos quase que exclusivamente com base no quesito *menor preço*.

Além de tais questões, o art. 41 da nova legislação prevê casos em que a Administração poderá, de forma excepcional: “i) indicar uma ou mais marcas ou modelos; ii) exigir amostra ou prova de conceito do bem no procedimento de pré-qualificação permanente; iii) vedar a contratação de marca ou produto; iv) solicitar carta de solidariedade emitida pelo fabricante caso o licitante vencedor seja revendedor ou distribuidor do bem” (Brasil, 2021).

Observa-se que a legislação, ao conferir maior discricionariedade ao gestor público, desburocratiza o processo de compra. No entanto, alguns requisitos devem ser atendidos para que o agente contratante, ao utilizar de sua discricionariedade, não sobreponha seu interesse individual ao interesse público, o qual deve ser perseguido durante toda a contratação. A indicação de uma ou mais marcas ou modelos, desde que formalmente justificado, pode ser realizada nas hipóteses descritas no inciso I do art. 41 (Brasil, 2021). Observa-se:

Art. 41. No caso de licitação que envolva o fornecimento de bens, a Administração poderá excepcionalmente: I - indicar uma ou mais marcas ou modelos, desde que formalmente justificado, nas seguintes hipóteses: a) em decorrência da necessidade de padronização do objeto; b) em decorrência da necessidade de manter a compatibilidade com plataformas e padrões já adotados pela Administração; c) quando determinada marca ou modelo comercializados por mais de um fornecedor forem os únicos capazes de atender às necessidades do contratante; d) quando a descrição

do objeto a ser licitado puder ser mais bem compreendida pela identificação de determinada marca ou determinado modelo aptos a servir apenas como referência.

É possível compreender a indicação de marca ou modelo como instrumento de gestão de riscos, visto que a justificativa desta indicação deve ser, justamente, atender o interesse da Administração ao impedir que sejam adquiridas marcas ou modelos inapropriados às finalidades pretendidas. Dessa forma, em casos excepcionais, um estudo acerca de marcas ou modelos que atendem as necessidades da Administração – inclusive para fins de padronização - pode ser tido, também, como entrada do gerenciamento de riscos.

O art. 42, por sua vez, determina os meios pelos quais pode ser realizada a prova da qualidade dos produtos indicados, nos moldes do inciso I do art. 41. Sem pormenores, a intenção do legislador ao estipular os meios de prova da qualidade objetiva a contraposição ao poder discricionário do administrador de indicar marcas ou modelos. Isto é, embora a Administração possa exigir produtos similares ao das marcas indicadas, esta prova pode ser feita por meio de qualquer um dos meios abarcados pelos incisos do art. 42 (Brasil, 2021). Nota-se:

Art. 42. A prova de qualidade de produto apresentado pelos proponentes como similar ao das marcas eventualmente indicadas no edital será admitida por qualquer um dos seguintes meios: I - comprovação de que o produto está de acordo com as normas técnicas determinadas pelos órgãos oficiais competentes, pela Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT) ou por outra entidade credenciada pelo Inmetro; II - declaração de atendimento satisfatório emitida por outro órgão ou entidade de nível federativo equivalente ou superior que tenha adquirido o produto; III - certificação, certificado, laudo laboratorial ou documento similar que possibilite a aferição da qualidade e da conformidade do produto ou do processo de fabricação, inclusive sob o aspecto ambiental, emitido por instituição oficial competente ou por entidade credenciada. § 1º O edital poderá exigir, como condição de aceitabilidade da proposta, certificação de qualidade do produto por instituição credenciada pelo Conselho Nacional de Metrologia, Normalização e Qualidade Industrial (Conmetro). § 2º A Administração poderá, nos termos do edital de licitação, oferecer protótipo do objeto pretendido e exigir, na fase de julgamento das propostas, amostras do licitante provisoriamente vencedor, para atender a diligência ou, após o julgamento, como condição para firmar contrato. § 3º No interesse da Administração, as amostras a que se refere o § 2º deste artigo poderão ser examinadas por instituição com reputação ético-profissional na especialidade do objeto, previamente indicada no edital.

Além da prova poder ser feita por meio de qualquer uma das três opções elencadas pelos incisos, a Administração pode também utilizar dos instrumentos constantes nos parágrafos como, por exemplo, fornecer protótipo do objeto pretendido ou exigir que as amostras sejam examinadas por instituição específica. Nota-se que a utilização destes instrumentos está atrelada a sua previsão no edital de licitação, uma vez que a Administração deve ser previsível quanto a sua atuação.

Destaca-se que estes instrumentos bem como os demais instrumentos de gestão de riscos aplicáveis às compras exigem uma comunicação eficiente entre o setor de compras e o setor utilizador direto do bem dentro da organização. Além disso, se possível, o setor utilizador do bem pode,

inclusive, estar presente no pregão para avaliar se o bem adquirido de fato atende a padronização pretendida. Essa ausência de comunicação entre os setores, como destacam Cavalcanti e Martins (2015), aumenta a assimetria entre as partes que transacionam e, conseqüentemente, possibilita o comportamento oportunista por parte do agente fornecedor.

A Administração pode, também excepcionalmente, exigir amostra ou prova de conceito do bem já na fase de julgamento das propostas, conforme dispõe o inciso II do art. 41 (Brasil, 2021). Nesse caso é imprescindível que a equipe do setor utilizador do bem esteja presente para que seja possível averiguar se o bem atende às necessidades da organização. Vale destacar que o edital deve prever e justificar a necessidade da utilização deste instrumento de gestão de riscos.

A Administração pode, ainda, vedar a contratação de certa marca ou produto. Neste caso, mediante processo administrativo, a Administração deve comprovar que a marca ou produto, que já foi adquirido e utilizado anteriormente, não atende às necessidades da organização. Este instrumento, se bem utilizado, pode ser de grande valia para a Administração, uma vez que, por meio dele, torna-se possível impedir a compra de determinado produto que anteriormente tenha prejudicado a Administração.

Desse modo, identificar o produto ou modelo prejudicial à Administração é o primeiro passo para que o risco de comprá-lo novamente seja evitado. A abertura de procedimento administrativo que vise comprovar a prejudicialidade do bem como requisito da vedação deve ser compreendida como contraponto à discricionariedade de vedar a compra do bem. Em outros termos, a discricionariedade da Administração de vedar a compra de determinada marca ou produto é compensada pela burocracia que se consubstancia na necessidade de se fazer mediante processo administrativo.

Depreende-se que a utilização dos diversos instrumentos descritos acima consubstancia-se em ações de busca ativa (Cavalcanti; Martins, 2015). Significa dizer que os agentes envolvidos devem identificar, analisar, monitorar, avaliar e, por fim, utilizar os mecanismos. Os mecanismos, por si só, não serão aplicados sem que os agentes envolvidos se esforcem no objetivo de melhorar a eficiência das compras. Daí surge a necessidade de manter os agentes sempre engajados no projeto e, para tanto, atender às necessidades dos servidores e direcioná-los ao desenvolvimento constante pode ser uma ótima alternativa para que o agente perceba o quanto seu trabalho é importante (Bichett; Vargas, 2021). Deve ser evidente para os agentes envolvidos, portanto, que seu trabalho impacta diretamente o bem-estar dos cidadãos ao prezar pela eficiência das compras públicas. Até mesmo porque, diferentemente do setor privado, o comportamento dos servidores públicos orienta-se, principalmente, no propósito de fazer o bem à sociedade (Ventorini; Paes; Marchiori, 2019). Conclui-se que o agente motivado estará mais propenso à busca ativa para utilizar os mecanismos de gestão de riscos e, conseqüentemente, aumentar a eficiência das compras públicas.

CONCLUSÃO

No intuito de explorar como as mudanças introduzidas por meio da Nova Lei de Licitações e Contratos contribuem para a implementação de ferramentas gerenciais mais eficientes para gestão de riscos nas compras públicas, o presente artigo traz inúmeras reflexões para ampliar criticamente tal discussão.

Foi possível verificar que a introdução de mecanismos de gestão na NLLC, em especial, os de gerenciamento de riscos, transcorreu em direção semelhante àquela iniciada ao final do século passado. Em detida análise às disposições da NLLC relacionadas às compras públicas, foi possível não só averiguar a existência de diversos mecanismos de gestão de riscos, mas, também, foi possível presumir a ocorrência de diversos impactos positivos caso os agentes estejam dispostos a utilizá-los, uma vez que a boa manipulação destes mecanismos subordina-se à *busca ativa* pela identificação, planejamento, monitoramento dos riscos.

Até mesmo porque as compras públicas, embora regidas por lei, são realizadas por agentes que, dotados de subjetividade, estão sujeitos a comportamentos oportunistas e às suas racionalidades limitadas. Conjectura-se, portanto, que mecanismos introduzidos possuem o condão de aumentar a eficiência das contratações públicas, sobretudo, das compras públicas diminuindo o oportunismo. Tal constatação permite corroborar com a hipótese inicialmente levantada.

Percebeu-se, portanto, que a NLLC vai ao encontro do modelo gerencial de gestão pública ao materializar a predileção pela discricionariedade conferida ao administrador em contraposição ao enrijecimento estatal proporcionado pelo modelo burocrático de gestão. Assume-se, que a introdução destes mecanismos de gerenciamento pode vir a oferecer inúmeros efeitos positivos que a para a Administração Pública se guie para um melhor desempenho.

Por fim, indica-se que estudos posteriores podem ser realizados com a finalidade de avaliar, de fato, a efetividade da utilização dos referidos mecanismos. Futuras pesquisas de cunho empírico podem averiguar se houve, em certa organização, um aumento na qualidade das aquisições após a utilização destes mecanismos. Além disso, outros estudos podem buscar averiguar se os agentes públicos estão aptos a utilizarem os instrumentos; quais instrumentos são mais eficientes; quais são as suas percepções subjetivas acerca das mudanças e; se houve qualitativamente uma melhoria expressiva relacionada a qualidade das aquisições realizadas pelas Administrações Públicas.

REFERÊNCIAS

ARAGÃO, Cecília Vescovi. Burocracia, eficiência e modelos de gestão pública: um ensaio. **Revista do Serviço Público**, Brasília, DF, v. 48, n. 3, p. 104–133, 1997.

ARAÚJO, Beatriz Duarte Lima; PINHEIRO JÚNIOR, Francisco Marto Leal; ABREU, Fabio Pinheiro. Gerenciamento de aquisições de soluções de tecnologia da informação em uma universidade pública do Ceará. **Revista Gestão em Análise**, Fortaleza, v. 4, n. 1, p. 43, 2016.

AVELAR, Daniel Martins; RESENDE, Mariana Bueno. O controle interno na nova lei de licitações e contratos- projeto de Lei n. 4.253/2020. **Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais**, Belo Horizonte, v. 39, n. 1, p. 93–106, 2021.

AZEVEDO, Paulo Furquim. Nova economia institucional: referencial geral e aplicações para a agricultura. **Instituto de Economia Agrícola**, São Paulo, v. 47, n. 1, p. 33–52, 2000.

BICHETT, Miria; VARGAS, Sandra Martins Lohn. Fatores influenciadores na satisfação e motivação ao trabalho no setor público municipal. **Desafio Online**, Campo Grande, v. 9, n. 1, p. 138–162, 2021.

BORRAZ, Olivier. O surgimento das questões de risco. **Sociologias**, Porto Alegre, v. 16, n. 35, p. 106–137, 2014.

BRAGA, Marcus Vinicius de Azevedo. Risco Bottom Up: uma reflexão sobre o desafio da implementação da gestão de riscos no setor público brasileiro. **Revista da CGU**, Brasília, DF, v. 9, n. 15, p. 682–699, 2017.

BRASIL, Medida Provisória nº 1.167, de 31 de março de 2023. Altera a Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021, para prorrogar a possibilidade de uso da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, da Lei nº 10.520, de 17 de julho de 2002, e dos art. 1º a art. 47-A da Lei nº 12.462, de 4 de agosto de 2011. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 03 de abr. 2023a. Disponível em: <https://www.congressonacional.leg.br/materias/medidas-provisorias/-/mpv/156662#:~:text=T%C3%A9rmino%20do%20prazo%20de%20vig%C3%Aancia,1%C2%BA%20a%20art>. Acesso em: 28 fev. 2023.

BRASIL, Lei Complementar nº 198, de 22 de junho de 2023. Altera a Lei Complementar nº 91, de 22 de dezembro de 1997, para manter os coeficientes do Fundo de Participação dos Municípios (FPM) de Municípios com redução populacional aferida em censo demográfico, aplicando redutor financeiro sobre eventuais ganhos, na forma e no prazo que especifica; e altera a Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021 (Lei de Licitações e Contratos Administrativos). **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 28 de jul. 2023b. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/LCP/Lcp198.htm#art2. Acesso em: 28 fev. 2023.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Emendas constitucionais de revisão. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 6 mar. 2023.

BRASIL. **Instrução normativa conjunta no 1, de 10 de maio de 2016**. Dispõe sobre controles internos, gestão de riscos e governança no âmbito do Poder Executivo federal. Brasília, DF: Presidência da República, 2016a. Disponível em: https://www.in.gov.br/materia/-/asset_publisher/Kujrw0TZC2Mb/content/id/21519355/do1-2016-05-11-instrucao-normativa-conjunta-n-1-de-10-de-maio-de-2016-21519197. Acesso em: 6 mar. 2023.

BRASIL. Lei no 8.666 de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 22 jun. 1993. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18666cons.htm#:~:text=LEI%20N%C2%BA%208.666%2C%20DE%2021%20DE%20JUNHO%20DE%201993&text=Regulamenta%20o%20art.%2037%2C%20inciso,P%C3%ABlica%20e%20d%C3%A1%20outras%20provid%C3%Aancias. Acesso em: 6 mar. 2023.

BRASIL. Lei no 10.520 de 17 de julho de 2002. Institui, no âmbito da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, nos termos do art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, modalidade de licitação denominada pregão, para aquisição de bens e serviços comuns, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 18 jul. 2002. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110520.htm. Acesso em: 6 mar. 2002.

BRASIL. Lei no 13.303, de 30 de junho de 2016. Dispõe sobre o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias, no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 1 jul. 2016b.

BRASIL. **Lei nº 14.133 de 1º de abril de 2021**. Lei de licitações e contratos administrativos. Brasília, DF: Presidência da República, 2021. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/14133.htm. Acesso em: 6 mar. 2023.

BRULON, Vanessa; VIEIRA, Marcelo Milano Falcão; DARBILLY, Leonardo. Choque de gestão ou choque de racionalidades? O desempenho da administração pública em questão. **Revista Eletrônica de Administração**, Porto Alegre, v. 74, n. 1, p. 1–34, 2013.

CAVALCANTE, Pedro. **Gestão pública contemporânea: do movimento gerencialista ao pós-NPM**. Brasília, DF: IPEA, 2017.

CAVALCANTI, Anette Cristine Ferreira; MARTINS, Cristina Dai Prá. Influências do gerenciamento de riscos na melhoria das aquisições públicas de um hospital da rede Sentinela. **Revista Eletrônica Gestão & Saúde**, Brasília, DF, v. 6, n. 2, p. 1726–1774, 2015.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 32. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

FELIPE, Samara Trindade de Moura. A necessidade do gerenciamento eficiente das aquisições públicas: um enfoque no poder executivo do estado do Pará. *In*: COLÓQUIO DE GOVERNANÇA PÚBLICA, 3., 2020, **Anais** [...]. Belém: EGPA, 2020.

FREITAS, Carlos Alberto Sampaio. Gestão de risco: possibilidades de utilização pelo setor público e por entidades de fiscalização superior. **Revista do TCU**, Brasília, DF, v. 33, n. 93, p. 42–54, jul./set. 2002.

GARCES, Ariel; SILVEIRA, José Paulo. Gestão pública voltada para resultados no Brasil. **Revista do Serviço Público**, Brasília, DF, v. 53, n. 4, p. 53–77, 2014.

HILL, Stephen. **Guia sobre a gestão de riscos no serviço público**. *In*: ESCOLA NACIONAL DE ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. **Uma exploração inicial da literatura sobre a inovação**. Brasília, DF: ENAP, 2006. p. 36-49. (ENAP Cadernos, 30).

KRAMMES, Alexandre Golgin. Gerenciamento do escopo em projetos originados por meio de licitação. **Revista de Gestão e Projetos**, São Paulo, v. 4, n. 3, p. 30–45, 2013.

KREUTZ, Rafael Rudolfo; VIEIRA, Kelmara Mendes. A gestão de projetos no setor público: os desafios de suas especificidades. **Revista de Gestão Pública: práticas e desafios**, Recife, v. 9, n. 1, p. 1-20, 2018.

MACIEL, Pedro Jucá. Finanças públicas no Brasil: uma abordagem orientada para políticas públicas. **Revista de Administração Pública**, Rio de Janeiro, v. 47, n. 5, p. 1213–241, 2013.

OLIVEIRA, Isaac Gezer Silva. Análise de correspondência aplicada a preposições sobre a eficiência e a eficácia do processo de compras públicas a partir da percepção de diferentes atores envolvidos. **Revistas Ciências Administrativas**, Fortaleza, v. 21, n. 1, p. 131–162, 2015.

PERES, Ursula Dias. Custos de transação e estrutura de governança no setor público. **Revista Brasileira de Gestão de Negócios**, São Paulo, v. 9, n. 24, p. 15–30, 2007.

PINHEIRO, Marcelo Torres; ROCHA, Mônica Aparecida da Rocha. Contribuições do escritório de gerenciamento de projetos públicos na gestão para resultados. **Revista do Serviço Público Brasília**, Brasília, DF, v. 63, n. 2, p. 199–215, 2012.

PISA, Beatriz Jackiu; OLIVEIRA, Antonio Gonçalves. Gestão de projetos na administração pública: um instrumento para o planejamento e desenvolvimento. *In*: SEMINÁRIO NACIONAL DE PLANEJAMENTO E DESENVOLVIMENTO, 1., 2013. **Anais [...]**. Curitiba: Universidade Candido Mendes, 2013. p. 1-15.

PROJECT MANAGEMENT INSTITUTE. **Um guia do conhecimento em gerenciamento de projetos: GUIA PMBOK**. 6. ed. Geórgia: Project Management Institute, 2017.

ROSSET, Andrea Cecilia Soares; MACÊDO, Dartagnan Ferreira; SANTOS, Diego da Guia; FINGER, Andrew Beheregarai. Gerenciamento de aquisições no setor público segundo o PMBOK: estudo de caso em uma empresa pública. **Revista Gestão e Organizações**, João Pessoa, v. 5, n. 4, p. 34–59, 2020.

SILVA FILHO, Edison Benedito. A teoria da firma e a abordagem dos custos de transação: elementos para uma crítica institucionalista. **Pesquisa & Debate**, São Paulo, v. 17, n. 2, p. 259–277, 2006.

SILVA, Dyego Alves; SANTOS, Carlos Denner; ALVES, Gustavo de Freitas; SILVA, Jeovan Assis. Gestão de riscos no setor público: revisão bibliométrica e proposta de agenda de pesquisa. **Revista do Serviço Público**, Brasília, DF, v. 72, n. 4, p. 824–854, 2021.

TORRES, Ronny Charles Lopes de. **Lei de Licitações Públicas Comentadas**. 13.ed. São Paulo: Editora Juspodivm, 2022.

VENTORINI, Carina Charpinel; PAES, Caroline Ornelas; MARCHIORI, Danilo Magno. O impacto da participação e da motivação na satisfação com o trabalho: Evidências do setor público. **Revista Pretexto**, Belo Horizonte, v. 20, n. 3, p. 68–82, 2019.

WILLIAMSON, Oliver. **The economic institutions of capitalism: firms, markets, relational contracting**. New York: The Free Press, 1985.

Recebido em: 14/03/2023

Aceito em: 12/12/2023